

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PISA

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE PER LE PROFESSIONI LEGALI

TESI DI SPECIALIZZAZIONE

“GLI ATTI TRASLATIVI A CAUSA SOLUTORIA”

Specializzanda
Cinzia dott. Iorio

Relatore
Prof. Mauro Paladini

ANNO ACCADEMICO 2006-2007

INDICE

	Pag.:
Introduzione.....	2
Il mandato ad alienare.....	11
La contrattazione ad effetti anticipati	12
Il risarcimento del danno in forma specifica	16
Gli accordi traslativi tra coniugi	17
La datio in solutum	18
I negozi fiduciari.....	19
Il trasferimento a causa di garanzia	20
I contratti gratuiti atipici	24
Il trust.....	25
Il patto di famiglia	29
Conclusioni.....	31
Bibliografia.....	34

INTRODUZIONE

L'effetto traslativo è un meccanismo un po' particolare per il quale noi italiani abbiamo adottato un preciso modello: il modello del **consenso traslativo**. E' un modello che, sul piano europeo, convive con il modello consensualistico, con il modello pandettistico germanico, con il modello di diritto comune austriaco, svizzero e così via. Quindi, un modello che va visto anche in contróluce rispetto agli altri modelli. Questo principio consensualistico ex art. 1376 c.c. è derogabile o no? Il 99% della dottrina ormai dice di sì. C'è un autore, Gianfranco Palermo, forse rimasto quasi solo a dire no. E' ovvio che non è un principio di ordine pubblico, non esprime principi di razionalità pura. E' una scelta di politica legislativa che il legislatore ha fatto e quindi noi troviamo deroghe all'interno dello stesso ordinamento positivo, perché vediamo meccanismi traslativi previsti dalla legge che non si adeguano al modello del consenso traslativo (il caso del mandato o del legato di cose altrui sono ovvi). Ma anche derogabile soprattutto pattiziamente: le parti possono congegnare strumenti traslativi contrattuali negoziali che non rispondono allo schema del consenso traslativo. Un altro dato che la giurisprudenza non coglie bene è che noi italiani siamo forse, nell'ambito degli ordinamenti europei, quelli che abbiamo maggiore ricchezza di modelli traslativi. Perché i francesi a rigore non avrebbero neanche il contratto preliminare; poi l'hanno creato altrove, però il principio generale è che promessa di vendita è uguale vendita. Per i tedeschi, dato il loro modello traslativo, il preliminare non è che abbia una grande utilità, perché il loro congegno è già un congegno bifasico, ecc. Infine c'è il problema della natura, perché non tutti concordano sulla natura negoziale di tali negozi. Per alcuni gli atti traslativi assumono la qualifica di atti in senso stretto. Gazzoni, ad esempio, ritiene che quello che noi chiamiamo contratto preliminare ad effetti anticipati sia una vendita obbligatoria alla tedesca, a cui segue un atto giuridico in senso stretto di trasferimento. Anche su questo punto ci sono molte incertezze, ma la cosa da evidenziare è che la giurisprudenza di tutte queste cose non si occupa se non in casi isolati. Quindi, volendo ricostruire l'orientamento della giurisprudenza, dobbiamo in realtà analizzare quali soluzioni ai casi concreti sono state offerte tentando di comprendere il ragionamento seguito.

Gli atti traslativi fanno poi riferimento a quelli che sono i contratti e quindi secondo l'art. 1321 del Codice Civile *all'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale*.

I contratti possono essere classificati secondo numerose categorie, ma nello specifico si fa riferimento ai **contratti tipici e contratti atipici**.

Con il termine **contratto tipico** (o contratti nominati) si intende far riferimento a uno schema negoziale (o tipo) previsto espressamente dall'ordinamento giuridico, la cui disciplina è dettata dal codice o da una legge speciale.

La necessità di ordinare i contratti in categorie tipiche e di dare un ruolo all'autonomia negoziale ha origine nel diritto comune, con l'affermarsi del principio del primato della legge. I contratti tipici sono suscettibili di diverse classificazioni.

Per **contratti atipici** (detti anche contratti innominati) si intendono quei contratti non espressamente disciplinati dal diritto civile ma creati *ad hoc* dalle parti, in base alle loro specifiche esigenze di negoziazione.

Essi possono essere costituiti da elementi tipizzati di diversi contratti tipici (ed in tal caso sono detti contratti misti), oppure possono essere del tutto indipendenti da altri modelli contrattuali preesistenti (contratti sui generis). Ciò vale in particolare per alcuni tipi contrattuali resi necessari dal recente sviluppo dell'attività economica come ad esempio il leasing, il franchising, il factoring, il catering, l'handling, o i contratti di sale and lease back.

L'articolo 1322 del codice civile regola questa tipologia di contratti.

Sono, invece, esempi di atti traslativi:

- **l'atto di trasferimento nel mandato;**
- **l'atto di trasferimento nel legato di cose altrui;**
- **l'atto di puro trasferimento nella contrattazione preliminare ad effetti anticipati;**
- **gli accordi quadro, concessioni di vendita, franchising,** che programmano una serie indefinita di atti di puro trasferimento;
- **gli atti solutori di risarcimento del danno in forma specifica;**
- **altre serie di fattispecie che fuoriescono dai pagamenti traslativi;**
- **gli accordi traslativi tra coniugi;**
- **la *datio in solutum*,** per la quale si propongono oggi ricostruzioni che incanalano questa figura nell'ambito della nostra problematica (non è che siano inquadramenti definitivi, però certamente c'è un mutamento di prospettiva);
- **il trasferimento a causa di garanzia** (importante è la cessione del credito in garanzia);
- **in qualche misura il conferimento in natura di beni in materia societaria; il trasferimento e il ritrasferimento nei negozi fiduciari;**
- **gli atti traslativi di adempimento di obbligazioni naturali;**
- **l'ampia categoria dei contratti gratuiti atipici ad effetto traslativo;**

- **l'alienazione con causa di garanzia** (questa però si pone in maniera un po' diversa, perché è un contratto sinallagmatico);
- **l'assegnazione degli alloggi di cooperativa**, anche se non è molto chiara la natura di questo atto;
- **le cessioni di aree nell'ambito di rapporti coi Comuni**;
- **gli atti di destinazione**;
- infine si possono aggiungere il **trust e il patto di famiglia**.

Dei suddetti atti o negozi ad effetti traslativi, molti di essi possono essere risolti per causa solutoria.

La dottrina ammette le prestazioni isolate che promanano da una fonte negoziale e che sono unilaterali; dà cittadinanza anche nell'ordinamento italiano all'obbligazione di dare e ai pagamenti traslativi, quindi ai meccanismi che un po' richiamano l'apparato concettuale degli ordinamenti tedeschi, dove il sistema di circolazione è profondamente diverso dal nostro; si ammettono, quindi, anche **negozi di puro trasferimento**. Ammette i cosiddetti negozi con causa esterna, di cui la giurisprudenza non parla.

Riguardo alla **causa solutoria** che può portare ad atti traslativi, per spiegare il suo significato bisogna prima risalire al significato della **causa** in **generale**. Da sempre si è posto il quesito relativo al perché si voglia e si possa produrre un effetto giuridico. Tuttavia, nella lunga evoluzione del dibattito causale, tale quesito ha progressivamente cambiato il suo oggetto.

In una prima fase (che va dal **'500** sino alla **codificazione francese** e, in parte, alla **codificazione italiana del 1865**) l'attenzione era tutta proiettata sul perché venisse assunta un'**obbligazione (causa dell'obbligazione)**.

In una seconda fase, segnata dal passaggio dal **codice civile italiano del 1865** al **codice civile italiano del 1942**, la **causa** viene riferita non più all'**obbligazione**, ma al **contratto (causa del contratto)**.

Parallelamente, nel **sistema germanico**, la ricerca di una **ragione giustificativa** viene incentrata non sul meccanismo produttivo dell'effetto giuridico, ma sulla verifica a posteriori che l'avvenuto trasferimento di un diritto o, in generale, l'avvenuto pagamento avessero un fondamento **giustificativo (causa dell'attribuzione patrimoniale)**.

In particolare, consolidandosi (con il **codice del 1942**) il **principio consensualistico**, secondo cui il **contratto** è in grado di realizzare in via immediata - con la manifestazione legittima del **consenso** - l'effetto **traslativo** (in particolare, il trasferimento di un diritto), l'obbligazione

diviene solo uno dei possibili effetti dell'atto, sicchè l'attenzione viene totalmente incentrata sul **contratto**.

Il contratto è la fonte di produzione degli effetti e il quesito sulla **causa** non è più: perché nasce un determinato effetto (posto che la **ragione** diretta dell'effetto è lo stesso **contratto**).

Il contratto si configura come autoregolamento di interessi: è la programmazione di un assetto di interessi.

La **causa** del contratto è il piano logistico di tale programma. E' la **ragione di funzionamento dell'affare**. E' la **funzione concreta** del contratto. Ad esempio chi stipula un contratto di mutuo si prefigge lo scopo immediato e oggettivo di conseguire la disponibilità di una determinata somma di denaro, a fronte dell'obbligazione di restituirla caricata degli interessi. Nella compravendita la causa è lo scambio tra bene e prezzo. Nella locazione è il godimento del bene contro il corrispettivo. Nel testamento è l'attribuzione dei beni dopo la morte del testatore. Si può anche dire che la causa è il fine , cioè lo scopo oggettivo, che il soggetto si propone di raggiungere ponendo in essere quel determinato negozio.

La **causa** del contratto (e non la causa dell'obbligazione né la causa dell'attribuzione patrimoniale) è il requisito dall'**art. 1325 n. 2 c.c.** come elemento essenziale del contratto, la cui assenza o la cui illiceità (art. 1343 c.c.) determinano la nullità del contratto (art. 1418, 2° comma, c.c.). Vi sono tuttavia atti nei quali la causa, pur essendo presente, è irrilevante: nei quali , cioè non si tiene conto, di regola, della ragione per la quale l'atto è stato compiuto (nella cambiale non si tiene conto, di regola, della causa che giustifica il pagamento; A può aver pagato la cambiale perché aveva chiesto a B un mutuo, perché aveva da lui acquistato un frigorifero, e così via). In tali casi il negozio si dice astratto.

Molte teorie hanno cercato di qualificare e definire la causa del contratto e molti ruoli sono stati attribuiti a tale elemento nella sua evoluzione.

Una prima tradizionale impostazione (diffusa sin dall'emanazione del codice del 1942) definisce la **causa** come **funzione economico-sociale**. L'espressione sintetizza l'idea che l'atto di autonomia privata debba superare, attraverso la verifica causale, un vaglio di utilità economico-sociale. In tale prospettiva il programma viene ritenuto valido: se è riconducibile ad uno dei modelli astratti delineati dal legislatore nei **tipi contrattuali** (vendita, permuta, donazione e altri), sul presupposto che tali schemi abbiano già collaudato interessi socialmente rilevanti oppure – trattandosi di un **contratto atipico** – se risulta meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (ex art. 1322, 2° comma, c.c.).

La teoria della funzione economico-sociale viene prontamente sottoposta a critiche, in quanto giustamente si rileva che l'atto di autonomia privata non debba sottostare a controlli o a

condizionamenti diversi da quelli stabiliti dal legislatore con la liceità. L'atto di autonomia privata non può essere funzionalizzato, non può essere chiamato a realizzare interessi ulteriori rispetto a quelli che le stesse parti perseguono.

Viene, dunque, introdotta una rinnovata prospettiva **causale**, tutta incentrata sul programma contrattuale concretamente costruito e voluto dalle parti, che si riflette in una nuova definizione della causa del contratto intesa come **funzione economico-individuale**. La causa viene così restituita alla dimensione puramente individuale dell'atto di autonomia privata.

Tuttavia, la teoria della funzione economico-individuale riferisce l'accertamento causale esclusivamente alla ricostruzione del programma contrattuale voluto dalle parti. Sennonché, non basta constatare che le parti abbiano previsto una funzione contrattuale, se poi quella stessa funzione si dimostra sin dall'inizio irrealizzabile, poiché in tal caso la validità del contratto, nonostante l'originaria irrealizzabilità della sua funzione, finisce per agire a scapito delle stesse parti e della volontà che hanno manifestato con l'atto di autonomia privata. La volontà di produrre determinati effetti deriva, infatti, dall'obiettivo di realizzare un particolare programma, ma se questo è dall'inizio irrealizzabile non hanno ragione di essere – proprio rispetto all'interesse delle parti – la validità dell'atto e la sua efficacia.

In definitiva, ad evitare che la causa finisca per svolgere un ruolo solo descrittivo e ricognitivo della volontà delle parti, insufficiente a giustificare l'autonomo risalto che le viene conferito dall'art. 1325, n. 2 c.c., è necessario riconoscere all'accertamento sulla causa un carattere funzionale e concreto sia che venga coinvolto il giudizio sulla sua esistenza sia che venga in esame la verifica di liceità.

La **causa**, pertanto, va definita semplicemente come **funzione concreta** dell'**atto** nel senso che il meccanismo programmato dalle parti deve sussistere non solo “sulla carta”, ma deve essere anche *ab initio* idoneo ad operare e, dunque, a priori non irrealizzabile.

In definitiva, la causa serve a garantire che l'assetto di interessi programmato dalle parti non sia radicalmente ed originariamente inidoneo ad un qualunque funzionamento, il che attua una tutela minima e basilare dei contraenti, al contempo, tramite la verifica sulla liceità della causa, si assicura che la funzione del contratto non si ponga concretamente in contrasto con le norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume.

Non è da escludere che la causa, nel processo di uniformazione europea della disciplina contrattuale, venga superata come elemento essenziale del contratto. Il suo possibile tramonto, che sembra profilarsi nel testo dei PECL, del *Code européen des contrats* e dei Principi *Unidroit*, dipende sia dalla varietà e dalla complessità di teorie che spesso hanno appesantito il tema della causa, sia della diversità di soluzioni accolte nel programma europeo sul tema. Basti

considerare che tale elemento non è contemplato in alcuni ordinamenti come la Germania (se non in una prospettiva strutturale come **scopo** dichiarato del contratto, *Zweck*, o come causa dell'attribuzione patrimoniale).

Mentre in altri sistemi, quale la common law, trova corrispondenza in istituti solo vagamente analoghi (come la *consideration*). Va tenuto presente, tuttavia, che gli ordinamenti che non si avvalgono della causa dispongono di altre categorie e di altri rimedi capaci di affrontare le problematiche direttamente o indirettamente connesse, nel nostro sistema, con il tema causale. In una prospettiva di riforma si dovrà, dunque, partire dalla considerazione del ruolo, sia pure limitato, ma al tempo stesso basilare, che ha sinora svolto la causa a tutela dei contraenti e valutare con quali eventuali altri strumenti si possano conseguire obiettivi analoghi. Il fine è, soprattutto, quello di evitare che il contraente che trasferisce un diritto perseguendo un determinato assetto di interessi possa essere privo di un'adeguata tutela quando, in effetti, mancava sin dall'inizio la ragione stessa del trasferimento.

Il carattere pratico e l'utilità della causa si apprezzano, soprattutto, analizzando l'accertamento necessario a riscontrare la sua sussistenza. In particolare, il giudizio sull'esistenza della causa può scindersi idealmente in due fasi.

La prima ha una valenza prettamente ricostruttiva e serve ad evidenziare – attraverso l'interpretazione del contratto – la funzione concreta perseguita dai contraenti.

La seconda valuta se sussistono e se sono in grado di operare i presupposti che sorreggono tale funzione. Il concetto di funzione è, infatti, un concetto dinamico, sicchè è necessario per semplificare l'indagine causale risalire, dalla sintesi dell'obiettivo dinamico insito nella funzione, alla verifica della sussistenza e dell'originaria idoneità a funzionare dei presupposti che sorreggono la causa.

Se la funzione è, ad esempio, di **scambio**, essa per poter operare presuppone che sussistano gli elementi dello scambio e che essi siano idonei a realizzare uno scambio. In tal caso, tuttavia, posto che gli elementi dello scambio sono **interni** al contratto e anzi si identificano con l'oggetto del contratto, la cui mancanza determina *ab initio* la nullità dell'atto, si riduce l'ambito applicativo dell'accertamento del difetto di causa, che opera solo se le utilità o le attribuzioni patrimoniali scambiate sussistono, ma sono inidonee allo scambio.

Oltre ai casi in cui l'assenza di un corrispettivo rende addirittura incerta la qualificazione dell'atto, risultano inidonee allo scambio le utilità:

- che hanno un valore simbolico;
- che hanno un valore irrisorio rispetto a quello della controprestazione;

- che tendono a far conseguire all'acquirente una facoltà già sua di diritto (una pronuncia, ad esempio, reputa privo di causa l'accordo con cui un condominio assume obbligazioni nei confronti degli altri condomini per poter, in cambio, esercitare facoltà che gli spettavano già di diritto, in quanto condominio).

Talora, invece, la funzione concreta dell'atto presuppone l'esistenza di un elemento esterno all'atto stesso e, dunque, l'originaria insussistenza di tale presupposto e la sua originaria inidoneità a funzionare rilevano integralmente nel contesto della verifica sull'esistenza della causa.

Numerosi sono i possibili esempi di contratti la cui funzione è sorretta da un presupposto **causale esterno** all'atto. Basti pensare alla funzione di copertura di un rischio che presuppone l'esistenza del rischio medesimo, tant'è che l'art. 1895 c.c. prevede espressamente in materia di assicurazione la nullità del contratto se "il rischio non è mai esistito o cessato di esistere prima della conclusione del contratto". E, invero, se un soggetto conclude, ad esempio, un contratto di assicurazione per coprire il rischio del furto di un'opera che in realtà è andata distrutta in un incendio prima della conclusione dello stesso contratto, non vi è dubbio che il contratto sia privo di causa e debba ritenersi nullo.

Il presupposto causale esterno all'atto spesso è costituito da un'obbligazione. Questo può accadere quando la funzione di un contratto è: di novare un rapporto obbligatorio (nel contratto di novazione, art. 1230 c.c.); di garantire un'obbligazione (ad esempio, nel contratto di fideiussione, art. 1939 c.c.); di adempiere ad un'obbligazione (ad esempio, nel contratto traslativo con cui il mandatario trasferisce il bene acquistato per conto del mandante a quest'ultimo, art. 1706, 2° comma, c.c.); o, in senso più lato, di soddisfare l'interesse del creditore (ad esempio, nell'adempimento del terzo, art. 1180 c.c., o nella *datio in solutum*, art. 1197 c.c.). Gli atti, la cui funzione presuppone l'esistenza di un'obbligazione, sono, di conseguenza, *nulli*: quando l'obbligazione non è mai esistita, o deriva da un contratto nullo o da un atto già sciolto prima della conclusione del contratto che presuppone l'esistenza dell'obbligazione.

L'esito della nullità per mancanza dell'obbligazione non vuol dire, chiaramente, che l'obbligazione o la sua fonte siano la sua causa, ma che le **funzioni** novative, **solutorie** o di garanzia non possono funzionare se *ab imis* non sussiste il presupposto dell'obbligazione.

Tale precisazione consente di evidenziare il vizio argomentativo sotteso alla creazione di una categoria di contratti c.d. con causa esterna, poiché invero la causa del contratto è sempre interna allo stesso, mentre all'esterno del contratto può collocarsi solo il presupposto di

funzionamento della causa, che non si identifica con tale elemento, ma ne sorregge il funzionamento.

Infine, vi sono contratti che sono apparsi da sempre problematici sul piano causale, in particolare, la **donazione** e il **contratto fiduciario**. Un approccio pragmatico per affrontare il problema è quello di prendere semplicemente atto che la loro funzione si basa, anziché sull'esistenza di presupposti oggettivi, sulla sussistenza di presupposti soggettivi, la cui carenza si manifesta solo in casi limitati e peculiari.

La funzione donativa, in particolare, presuppone lo spirito di liberalità, così come quella del contratto fiduciario richiede la sussistenza di un rapporto di fiducia. Di conseguenza, solo se si verificano circostanze particolari, come, ad esempio, la violenza morale rispetto al donante, o l'errore sull'identità o sulle qualità del fiduciario, da cui emerga la radicale ed originaria insussistenza dello spirito di liberalità o della fiducia, dovrebbe coerentemente applicarsi – in virtù dell'elemento causale – la disciplina della nullità, in luogo di quella normalmente esperibile per i vizi del consenso, ossia l'annullabilità del contratto.

Nel nostro ordinamento vige il **principio consensualistico** ex art. 1376 c.c., in base al quale il consenso legittimamente manifestato e, dunque, dotato anche di causa, realizza automaticamente il trasferimento del diritto, sicchè lo stesso trasferimento è giustificato dal contratto. Tale principio implica, altresì, il **principio della causalità dei trasferimenti**, in base al quale, se un contratto è nullo, sono inefficaci tutti gli atti successivi.

Viceversa, in altri sistemi (come la Germania) operano: il **principio di separazione** fra il contratto con effetti solo obbligatori e il contratto che realizza il trasferimento del diritto ed il **principio di astrazione** in base al quale l'atto che attua il trasferimento non deve soddisfare il requisito causale (la **funzione solutoria**): esso, dunque, è valido indipendentemente dalla validità del contratto obbligatorio e, di conseguenza, sono efficaci tutti gli atti successivi.

Le rare ipotesi in cui nel sistema italiano si riscontra una separazione fra un contratto ad efficacia obbligatoria ed un contratto che realizza il trasferimento del diritto, rare proprio perché la regola è quella del principio consensualistico, non consentono di dare spazio anche al principio di astrazione, data la natura inderogabile della disciplina sulla causa del contratto. Di conseguenza, l'**atto traslativo con funzione solutoria** (cioè, con **funzione di adempimento** di un precedente obbligo) è valido ed efficace solo se esiste l'obbligazione da adempiere. Infatti la causa solutoria è detta anche causa esterna. La **causa solutoria** deriva dal **diritto romano** dove era detta **solutio** che indicava l'**adempimento** ex art. 1176 c. c. (inteso come scioglimento del vincolo obbligatorio) e costituiva il normale modo di estinzione di una obbligazione. Essa veniva generalmente intesa come atto inverso rispetto a quello che aveva

originato l'obbligazione. Esempi di atti traslativi a causa solutoria sono: la cessione del credito da cui deriva un finanziamento; il trust nei procedimenti di separazione consensuale o di divorzio congiunto dove viene capitalizzata la prestazione dovuta e offerta in un'unica soluzione anticipata, che consiste in una somma di denaro o un complesso di beni, producendo così l'effetto di estinguere il debito; trasferimenti di beni in favore della prole per assolvere l'obbligazione di mantenimento.

Per tale ragione se è nullo, ad esempio, il mandato senza rappresentanza sarà nullo anche l'atto di ritrasferimento del bene del mandatario al mandante, effettuato in esecuzione del mandato.

Così come se è nullo il contratto fiduciario dovrà essere nullo anche l'atto di ritrasferimento dal fiduciario al fiduciante.

Anche nei casi in cui un contratto fa nascere una nuova obbligazione per adempiere o per rafforzare una precedente obbligazione, la nuova obbligazione *nasce solo se non è nullo* il contratto da cui deriva la prima, altrimenti è nullo il secondo contratto per **difetto di causa** e si può rifiutare l'adempimento eccependo la nullità.

Passiamo in rassegna alcune figure ed in particolare quelle che sembrano meritare una particolare attenzione.

In merito al **mandato ad alienare** è da ricordare che la rappresentanza, intesa come attività diretta al soddisfacimento degli altrui interessi, è anche attività di gestione. Essa, però, si distingue dalle figure gestorie presenti nel nostro ordinamento in quanto produce direttamente ed immediatamente effetti nella sfera giuridica del rappresentato. Nelle altre attività di gestione, infatti, tali effetti si producono nella sfera giuridica dell'agente e, solo successivamente, si trasferiscono in capo al gerito.

Si suole distinguere in dottrina tra rappresentanza diretta e rappresentanza indiretta: la prima è caratterizzata dall'agire del rappresentante in nome e per conto del rappresentato, mentre la rappresentanza indiretta, detta anche d'interessi, si caratterizza per l'agire del rappresentante in nome proprio e nell'interesse del rappresentato. Da ciò consegue che, mentre nella rappresentanza diretta il rappresentante è solo parte formale del rapporto contrattuale instaurato, divenendo il rappresentato parte sostanziale, nella rappresentanza indiretta, caratterizzata dalla mancanza della *contemplatio domini*, è il rappresentante ad essere al contempo parte formale e parte sostanziale del negozio, tanto che gli effetti dello stesso si producono nella sua sfera giuridica, salvo poi l'obbligo per il rappresentante di trasferirli al rappresentato. La disciplina ha, però, previsto che alcuni effetti possano esplicarsi direttamente nella sfera giuridica del rappresentato (v. artt. 1706, 1707 c.c.), attenuando le differenze tra i due tipi di rappresentanza. In proposito sono illuminanti le parole del Pugliatti(1): "*l'agire del cooperatore per un interesse altrui ... costituisce la base per mezzo della quale il titolare dell'interesse è posto in condizione di poter conseguire la situazione soggettiva (formalmente) acquistata dal cooperatore e a lui destinata*".

Comunemente la rappresentanza indiretta si attua mediante un contratto di mandato senza rappresentanza. Con tale tipo di contratto, infatti, l'atto giuridico posto in essere dal mandatario senza rappresentanza esplica i suoi effetti solo nei rapporti tra lo stesso ed il terzo, senza incidere nella sfera giuridica del mandante.

Le differenze esistenti tra i due tipi di rappresentanza sono meramente strutturali: nella rappresentanza alla cura dell'interesse altrui, si accompagna la *contemplatio domini*, che, invece, è assente nella rappresentanza indiretta.

E' abbastanza pacifico in dottrina che, nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, il mandatario quando ritrasferisce al mandante pone in essere un atto di puro trasferimento. Questa è la tesi oggi dominante in dottrina, ma anche la giurisprudenza su

questo punto è chiara: ha capito che questo è il congegno; non usa le espressioni rituali, ma usa espressioni inequivocabili.

C'è una sentenza del 1973 che statuisce proprio che questa attribuzione dal mandatario al mandante è in funzione del preesistente rapporto di mandato, nel cui adempimento l'atto traslativo trova la sua causa. Siamo chiaramente di fronte al cosiddetto negozio con causa esterna solutoria.

In merito alla **contrattazione ad effetti anticipati**, normalmente si fa riferimento al contratto preliminare.

Il contratto preliminare è esempio di disciplina legislativa introdotta non solo per rispondere ad una esigenza fortemente manifestata a livello dei commerci, ma anche per riparare ai danni provocati da pregresse scelte di fondo sul piano ideologico, in sede di formazione del codice civile.

Per comprendere il motivo del frequente ricorso allo strumento contrattuale preliminare è dunque necessario tenere presente che, da un lato, sul piano della concreta utilità in relazione alla sua disciplina positiva, esso è pressoché esclusivamente utilizzato in caso di compravendita e, dall'altro, che proprio il venir meno del modello del *modus* distinto dal *titulus acquirendi* in nome di astratte idee, totalmente avulse dalla realtà dei traffici commerciali, ha determinato la necessità per i privati di inventare uno strumento giuridico atto a ricreare quell'antica scissione.

Il codice del 1942 ha cercato di regolamentare il contratto preliminare con tre norme. Con la prima, riduttivamente posta nel contesto della disciplina sulla forma (art. 1351 c.c.), il legislatore, da un lato, ha dimostrato di considerare lo strumento della promessa di contrarre idonea, in linea di principio, a rivestire qualsivoglia contenuto, divenendo così, almeno in teoria, una categoria generale; dall'altro, ha inteso dettare una regola che non può essere limitata al profilo formale, ma si estende all'intera disciplina del definitivo, con un parallelismo che pone già le basi per una corretta ricostruzione dell'operazione. Con la seconda norma, poi, il legislatore, sconvolgendo, in apparenza, le regole dell'autonomia privata e della libertà del volere, ha previsto l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre restato inadempito, realizzata mediante sentenza, che produce gli effetti del contratto non concluso (art. 2932 c.c.). Con la terza, infine, ha dettato, in favore del promittente acquirente, una regola pubblicitaria atta a garantire, a date condizioni, la tempestiva opponibilità della sentenza ai terzi aventi causa dal promittente alienante (art. 2652 n. 2 c.c.). C'è anche da dire che, con legge speciale, sono state apportate modificazioni e

integrazioni al codice civile per disciplinare talune vicende relative alla promessa, in specie di vendita, una volta curata la trascrizione. Per quel che riguarda nello specifico il preliminare, bisogna segnalare l'art. 2645-bis c.c., introdotto dal d.l. 31/12/'96, n. 669, che prevede la trascrivibilità del preliminare con oggetto beni immobili purchè risulti da atto pubblico o da scrittura privata autenticata.

Il dibattito dottrinario, lungi dall'esaurirsi, ha ricevuto, dalla tipizzazione del preliminare, una nuova e più decisiva spinta, dal momento che si trattava e si tratta di conciliare l'inconciliabile, qualora si voglia sostenere la negozialità del definitivo, pur in presenza dell'alternativa costituita dalla sentenza, oppure di prendere atto che il tentativo di reintrodurre in forma surrettizia la scissione tra fase obbligatoria e fase reale del trasferimento di proprietà non può che condurre, in nome della coerenza, alla accettazione del modello romanistico o comunque ad una svalutazione della rilevanza del definitivo.

Le molte teorie che sono state proposte possono dunque essere ricondotte a due categorie, a seconda che il definitivo sia considerato un contratto, pur in presenza di un'eseguitività forzata, ovvero di un atto dovuto di adempimento. In questo secondo caso, poi, la svalutazione del definitivo condurrà a vedere nel preliminare il centro motore dell'operazione o con un sostanziale ritorno al principio promessa di vendita vale vendita, o con la riproposizione della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, giungendo con estrema coerenza ad identificare la promessa di vendita con un caso, anzi con l'unico vero caso, di vendita obbligatoria.

Tratto comune di tutte le teorie, sia pure con intensità diversa, è quello di avere come punto di riferimento concreto la compravendita, con un ritorno alle origini, inevitabile se si considera che la giurisprudenza, nelle cui sentenze si rispecchia la realtà delle contrattazioni, si è dovuta occupare [e non a caso] pressoché esclusivamente di liti nate dalla relativa promessa. E fin da ora va sottolineato che in questa materia l'apporto dei giudici è stato non solo fondamentale, ma anche stranamente lungimirante, sopravanzando la dottrina, spesso ancorata a dogmatismi di maniera o impegnata in battaglie di retroguardia.

Le teorie contrattualiste devono spiegare quale senso abbia la negozialità riferita ad un atto (il c.d. contratto definitivo) che, da un lato, sul piano del contenuto è già prefissato e, dall'altro, sul piano della libertà del volere, è dovuto alla stregua di un atto di adempimento.

Dal primo punto di vista la dottrina tradizionale ritiene che dal preliminare nasca un vincolo meno intenso, perché il contenuto del contratto non sarebbe ancora completamente definito ed anzi la funzione del definitivo sarebbe proprio quella di completarlo. Il significato del preliminare si troverebbe allora nella pattuizione di una riserva di completamento (2), che in

verità, se tecnicamente intesa, sarebbe solo in grado di spostare la promessa dall'assunzione dell'obbligo a contrarre all'assunzione dell'obbligo di contrattare, confondendo i termini della questione e riproponendo vecchie idee e vecchi dubbi, possibili solo sotto il vigore del codice del 1865, là dove si discuteva se il preliminare fosse contratto a sé stante o non si situasse invece a livello di trattative.

Quanto alla compatibilità tra attività negoziale e attività solutoria del definitivo, la dottrina tradizionale ipotizza una duplicità di cause concorrenti, per cui estinzione dell'obbligo e conclusione del contratto sarebbero contemporanee o l'una sarebbe la conseguenza dell'altra (3).

In tal modo, come ha osservato autorevole dottrina, l'atto dovuto non ha più autonoma rilevanza: «il contratto sarebbe causa estintiva dell'obbligo per esaurimento dello scopo, di guisa che l'obbligo a contrarre sarebbe destinato *ab origine* a rimanere irrealizzabile per adempimento, ammettendosene l'estinzione solo per effetto dell'avvenuto contratto (anche concluso senza la minima volontà di adempiere)» (4).

Né l'obiezione può essere superata con un pur brillante artificio linguistico, ipotizzando tra atto dovuto del debitore e contratto «una relazione di contenente e contenuto», cosicché la funzione negoziale seguirebbe a quella solutoria, una volta che la dichiarazione di volontà si fosse liberata «dall'involucro dell'atto dovuto» (5). Quel che accade nel mondo delle farfalle non sembra, infatti, trasferibile nel mondo del diritto.

La dottrina più recente è dunque andata alla ricerca di spiegazioni diverse, magari più elaborate, ma non per questo più convincenti. Si ipotizza così che l'identità di contenuti dipenda dal carattere normativo del preliminare. Ad una normazione astratta, seguirebbe una normazione concreta, necessaria a realizzare il regolamento di interessi (6). In tal modo si opera però solo una descrizione del fenomeno, sottovalutando l'obbligo a contrarre, che allontana decisamente il preliminare dal contratto normativo tipico, determinando esso «insieme il *quando sit* e l'*an sit* del contratto definitivo» (7). Il problema dell'atto dovuto resta pertanto comunque aperto.

Secondo altra dottrina il definitivo opererebbe non sul regolamento, già prefissato, ma sugli effetti, i quali, da preliminari, diverrebbero definitivi: non vi sarebbe bensì una composizione degli interessi, ma «la sostituzione degli effetti propri di un certo regolamento a quelli strumentali o preparatori del relativo preliminare», cosicché la funzione del definitivo dovrebbe ravvisarsi, appunto, in questa sostituzione definita «novativa», ben distinta da quella solutoria, pur presupponendo un adempimento e quindi una dipendenza dal rapporto obbligatorio novato (8).

Le critiche avanzate a questa dottrina non sono sempre puntuali. Non sembra possibile rilevare che, al fine di salvare la negoziabilità del definitivo, si fa nascere «dal preliminare un mostro di un'obbligazione che non si può mai estinguere con l'adempimento», dovendosi ricorrere alla novazione (9), dal momento che ben chiarito è il significato peculiare che deve riallacciarsi all'espressione «sostituzione novativa». Essa non si riferisce all'obbligo di contrarre, ma alla vicenda preliminare che non è estinta, se le parti contraenti il definitivo «rievocano l'atto», che «costituisce un aspetto dell'intento corrispondente alla funzione novativa» (10).

Più penetrante è invece la critica di chi osserva che, in tal modo, se si è fuori dello schema novativo tipico, si deve ipotizzare una novazione *sui generis*, atipica ed allora, se si evita così di sommare nell'unico contratto definitivo la causa esterna solutoria e quella interna attributiva, si dà vita però ad «un nuovo dualismo fra funzione novativa e funzione negoziale che è ancora più intimamente contraddittorio, se si pensa che i due termini equivalgono a *causa atipica* e *causa tipica* nello stesso contratto (il definitivo)» (11).

In definitiva, si può dire che la dottrina ha assunto tre distinte posizioni.

Alcuni dicono che si tratta di una sequenza atipica segnata da un primo contratto da cui nasce un obbligo di dare, oltre che l'obbligo di compravendita (pensiamo al preliminare ad effetti anticipati, che è l'ipotesi più frequente). Dal contratto preliminare nasce l'obbligazione di dare e l'obbligazione di pagare il prezzo, di consegnare la cosa e, in adempimento all'obbligazione di dare, l'atto del pagamento traslativo con causa esterna, che si regge sul primo contratto.

Secondo un'altra tesi siamo di fronte non a un contratto preliminare, ma ad una vendita definitiva, una vendita obbligatoria sul modello tedesco. Se il definitivo va considerato alla stregua di un fatto che avvera la condizione apposta al preliminare o ha la funzione di rendere definitivi i suoi effetti, vi sarà un solo contratto e dunque un solo titolo, idoneo, come tale, a giustificare l'inizio dell'esercizio del possesso da parte del promittente acquirente (Gazzoni) (12).

Infine, in base alla terza tesi il contratto preliminare ad effetti anticipati non ha una sua autonomia concettuale. E' un normale contratto preliminare, nel quale semplicemente le parti programmano la prestazione di base da adempiere, cioè la prestazione di consenso, creativo di futuro contratto; ma anticipano alcune prestazioni che sarebbero esecutive della vendita: pagamento del prezzo, consegna della cosa. Ma niente di più che un normalissimo contratto preliminare, una normale sequenza.

A questo orientamento aderisce la giurisprudenza.

Per quanto concerne **il risarcimento del danno in forma specifica**, in base all'articolo 2058 c.c., inserito nel titolo IX "Dei fatti illeciti", il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, ove essa sia in tutto o in parte possibile; tale richiesta incontra però il limite dell'eccessiva onerosità per il debitore, caso in cui il giudice dispone il risarcimento per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore (disp.att. 194).

Il risarcimento del danno, sia esso derivante da fatto illecito (o responsabilità) extracontrattuale (o aquiliana ex art. 2043 c.c.) che da responsabilità contrattuale, (art. 1218 c.c.)(vi può essere anche una responsabilità precontrattuale ex artt 1337-1338 c.c.) ha la funzione di porre il patrimonio del danneggiato nello stato in cui si sarebbe trovato senza l'evento lesivo e, quindi, comprende la perdita subita e il mancato guadagno(13), nei limiti in cui tali voci di danno potevano prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione (14).

Quanto alla possibilità che il giudice possa stimare il danno secondo equità è appena il caso di ricordare che il potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa ex art. 1226 c.c. non esonera la parte dal fornire elementi probatori circa la sussistenza del danno stesso, per consentire che l'apprezzamento equitativo sia limitato e ricondotto alla sua caratteristica funzione di colmare le inevitabili lacune al fine della precisa determinazione del danno (15).

Talvolta, esso può realizzarsi attraverso un trasferimento di proprietà. La dottrina lo ammette pacificamente, inquadrando la fattispecie fra i pagamenti traslativi, anche se è un pò limitativa, perché lo ammette sicuramente nel caso di danno materiale, ma non in altre ipotesi, (come doppia vendita immobiliare, ipotesi di fiduciante deluso, ...).

La giurisprudenza ha esaminato casi di questo genere ammettendo che il risarcimento in forma specifica possa realizzarsi anche in materia contrattuale, con un contratto di puro trasferimento.

Vi è un caso concreto in cui un mandatario senza rappresentanza (si ricorda che in questo caso il mandatario agisce in nome proprio; è autore del contratto e destinatario degli effetti economici e giuridici, l'interessato effettivo rimane nascosto al terzo contraente. Non ha forma solenne ma forma scritta se l'oggetto del contratto è l'alienazione o l'acquisto di beni immobili o negozi formali) aveva acquistato un immobile, anziché per conto del mandante, per conto proprio. Per acquisto di beni immobili o mobili registrati, il mandatario è obbligato a trasferirli al mandante; in caso d'inadempimento si osservano le norme relative all'obbligo di contrarre; il mandatario è obbligato a compiere un atto di ritrasferimento in favore del mandante della proprietà del bene da lui acquistato. La giurisprudenza dice: caro mandatario,

tu sei stato inadempiente perché hai acquistato per conto proprio, anziché per conto del mandante, e sei tenuto a risarcire i danni. Ma in che termini? Se vuole, il mandante ti può chiedere il risarcimento in forma specifica, cioè tu sei obbligato a trasferirgli gli immobili che ti sei acquistato per conto tuo. Quindi l'obbligazione risarcitoria di cui al 2058 c.c. si attua attraverso questo atto di trasferimento, e la giurisprudenza questo lo ha evidenziato.

Esistono vari casi di risarcimento del danno in forma specifica per causa solutoria che fanno riferimento all'art. 2058, esteso ampiamente ai contratti di lavoro e alla salute pubblica.

Così, nel caso dei contratti di lavoro, il diritto alla fruizione effettiva del periodo feriale - non goduto per fatto imputabile al datore di lavoro nell'anno di riferimento - trova il suo fondamento nell'art. 2058 c.c. - dettato per la responsabilità aquiliana ma che in materia risarcitoria ha valore di principio generale - aggiungendosi che in materia di diritti attinenti alla integrità psico-fisica, e più in generale agli interessi esistenziali del lavoratore il datore di lavoro risponde per responsabilità extracontrattuale oltre che contrattuale. Ne consegue il diritto del lavoratore, innanzi tutto, al risarcimento in forma specifica, ovvero all'effettivo godimento delle ferie anche trascorso il periodo di riferimento, che può tramutarsi in diritto al risarcimento per equivalente (sottoforma di indennità sostitutiva di natura risarcitoria) come disposto dal secondo comma della norma in esame, solo se il datore di lavoro prova essere eccessivamente onerosa, attese le difficoltà nell'ambito aziendale, la effettiva fruizione recuperatoria delle ferie non tempestivamente godute (16) (17).

In riferimento agli **accordi traslativi tra coniugi**, l'art. 156 c.c., infatti, sottolinea la libertà per le parti di determinare i propri rapporti patrimoniali, l'efficacia di tali accordi è condizionata all'omologazione del giudice.

Sulla causa degli accordi in tema di separazione e divorzio, si è sbizzarrita la dottrina e la giurisprudenza: si è parlato di donazione, transazione, datio in solutum, rendita. Il tentativo è stato quello di ricercare un contratto tipico, cui sussumere questi accordi. Ovviamente dipenderà dal caso concreto, ma anche in questi casi si ripropone il problema della configurabilità della causa familiare, che attribuirebbe a tali accordi traslativi una autonomia concettuale e pratica insieme. Questi accordi hanno natura contrattuale, sono a titolo oneroso, produttivi di effetti programmaticamente reali e di obbligazioni a carico di una sola parte e saranno applicate le norme compatibili sui contratti.

Il problema di inquadramento della causa non investe soltanto gli accordi durante la separazione o il divorzio, ma interessa ogni atto dispositivo-traslativo; è quindi un problema complessivo. Non sempre emerge con chiarezza un'intenzione tipica, assolutamente

prevalente, che caratterizza la volontà negoziale dei due coniugi sotto l'aspetto funzionale, per cui la causa, in questi casi atipica, deve trovare una propria autonoma connotazione giuridica. Esempio di atto traslativo tra coniugi dettato da causa solutoria è l'obbligo di mantenimento dei figli che può essere adempiuto con il versamento di un assegno mensile, ma, secondo una recente sentenza, anche con il trasferimento alla madre di beni immobili se su detti beni viene apposto un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. che consenta di sottrarre i beni medesimi alla libera disponibilità del genitore, "impegnando gli stessi al preminente interesse dei figli (peraltro, attenuando il rischio di espropriazione da parte di eventuali creditori)". Ciò è quanto si legge in una recente pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia (Sent. del 23/3/2007) (18) che, dando applicazione alla disposizione dell'art. 2645-ter c.c., ha accolto una domanda di modifica delle condizioni di un verbale di separazione consensuale congiuntamente avanzata da due coniugi che prevedeva, in sostituzione dell'obbligo di contribuire al mantenimento dei figli minori con il versamento di un assegno mensile di € 400,00 alla madre, il trasferimento alla stessa di beni immobili con imposizione del vincolo ex art. 2645 - ter c.c., rispondendo quest'ultimo all'interesse della prole.

Relativamente alla *datio in solutum*, (dazione in pagamento) indica in diritto la "prestazione in luogo di adempimento", cioè la sostituzione della prestazione originariamente dovuta con una di natura diversa ed è regolata dall'art. 1197 del codice civile.

Se è quasi pacifico che la *datio in solutum* configuri un vero e proprio contratto, più accesa è la discussione intorno alla sua natura, se reale o consensuale e alla sua funzione, se estintiva ovvero modificativa del rapporto obbligatorio.

La dottrina tradizionale (19) intende la *datio in solutum* come un contratto reale a titolo oneroso (20) con funzione estintiva dell'obbligazione. La realtà sarebbe positivamente deducibile, secondo questo orientamento dottrinale, dallo stesso art. 1197 c.c., il cui primo comma prevede che l'estinzione dell'obbligazione abbia luogo soltanto con l'esecuzione della diversa prestazione e il cui secondo comma, precisando che, in caso di evizione o vizi della cosa prestata in luogo di quella originariamente dovuta, il creditore possa esigere la prestazione originaria salvo il risarcimento del danno, lascerebbe intendere che, ai fini della realizzazione della fattispecie, oltre al consenso di creditore e debitore, occorre l'effettiva consegna della cosa o esecuzione della prestazione (21).

Altra parte della dottrina (22) sostiene, invece, la natura consensuale della *datio in solutum*, la cui funzione sarebbe modificativa dell'oggetto del rapporto obbligatorio. Tale modificazione deve ritenersi avvenuta per effetto del mero consenso tra creditore e debitore in ordine al

trasferimento di un *aliud* in luogo di quanto originariamente dovuto. La consegna, dunque, dovrebbe ritenersi attività non già del momento della formazione del contratto, che già sarebbe perfetto, bensì di quello della sua esecuzione (23). Ciò tanto più deve ritenersi corretto alla luce del principio consensualistico accolto dal nostro legislatore nell'art. 1376 c.c. nel senso che, ove la diversa prestazione consista nel trasferimento della proprietà di una *res* determinata, la dazione in pagamento si perfezionerebbe con il semplice consenso (24). Inoltre, già il termine «prestazione» utilizzato dal legislatore del 1942 in luogo di quello romanistico «dazione» sarebbe indice del fatto per cui oggetto della *datio in solutum* potrebbe essere, oltre che il trasferimento della proprietà di un bene determinato diverso da quello in origine dovuto, anche una prestazione di *facere*, evidentemente scevra di ogni realtà (25).

Per Di Majo si tratterebbe di un negozio che, sulle orme della terminologia tedesca, si potrebbe chiamare «negozio di prestazione» (*Leistungsgeschäft*), visto che esso è in funzione della realizzazione di una causa ad esso esterna (causa *solvendi*)(26). Per tutti è un contratto oneroso, caratterizzato dallo scambio tra la prestazione sostitutiva e l'estinzione del rapporto. Quindi, non pare porsi alcun problema. In realtà, la dottrina ha cominciato a riflettere e ha visto che le cose non sono così semplici. Molto interessanti sono le considerazioni di Cannata: in realtà, la prestazione sostitutiva è una prestazione che ha una causa solutoria, o meglio la cui causa è la stessa causa che sorreggeva la prima prestazione; non si può dire che la prestazione in luogo dell'adempimento sia sempre esecutiva di un contratto oneroso. Perché se, ad esempio, è una prestazione in luogo di un adempimento di una precedente obbligazione che nasce da donazione, non si può dire che questa è una prestazione a titolo oneroso; la sua causa rimane quella originaria.

Qualche accenno in questa direzione c'è anche da parte di Sirena che evidenzia che non ci troviamo di fronte ad una causa onerosa, caso mai ad una causa solutoria.

Per i **negozi fiduciari** il discorso è molto lungo. La figura è ancora un po' controversa; in dottrina si contendono il campo una costruzione secondo cui saremmo di fronte a due negozi collegati, il *pactum fiduciae* e il negozio traslativo, ed un'altra costruzione secondo cui saremmo di fronte ad un unico negozio che produce entrambi questi tipi di effetti. Quindi è chiaro che il profilo causale viene a cambiare a seconda che si adotti l'una o l'altra prospettiva. La giurisprudenza a che cosa aderisce? Aderisce alla visione dei due negozi collegati. La giurisprudenza in questo caso non è che operi generalizzazioni particolarmente interessanti, ma è interessante vedere come sempre di più negli ultimi anni ponga sullo stesso piano negozio fiduciario e mandato senza rappresentanza.

In particolare la giurisprudenza afferma che al negozio fiduciario si applicano le norme del mandato senza rappresentanza, in materia di forma, in materia di applicazione delle varie discipline e soprattutto in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c..

La giurisprudenza è molto aperta soprattutto nel riconoscere, nell'ambito della fiducia germanistica, sia la fiducia dinamica che la fiducia statica, il che apre tutta una serie di problemi e di separazione fra questi negozi.

Esistono delle dichiarazioni meramente ricognitive con le quali magari un coniuge dichiara che in effetti un immobile intestato a lui è in realtà dell'altro coniuge. Non si capisce se ci troviamo di fronte ad un negozio fiduciario, ad una dichiarazione ricognitiva, ovvero ad un mandato senza rappresentanza.

Per quanto attiene il **trasferimento a causa di garanzia** svolge un ruolo quasi residuale nel contesto generale del sistema creditizio, perché, anche se determina un totale azzeramento del rischio per il creditore che acquisisce la titolarità del bene, priva il debitore non soltanto della potenzialità di utilizzo del bene, ma anche del suo potere di disposizione. Il trasferimento con scopo di garanzia si accompagna di norma ad un distinto rapporto obbligatorio, del quale garantisce l'adempimento. Il rapporto obbligatorio tra alienante e alienatario può essere concomitante o preesistente alla stipula del negozio traslativo del bene in garanzia. Se la stipula del rapporto di finanziamento è antecedente, l'alienante è già debitore dell'acquirente per la restituzione della somma erogata. In tal caso, il trasferimento potrebbe assumere una funzione satisfattiva ed integrare una *datio in solutum*. Il secondo accordo non avrebbe funzione di garanzia, ma finalità estintivo-satisfattiva del rapporto inadempito. Se si è in presenza di un rapporto scaduto, il trasferimento avrebbe la finalità di tenere indenne il creditore dalla conseguenza negativa del già avvenuto inadempimento del rapporto preesistente.

Il mandato a riscuotere, conferito al mandatario, configura al di là del nomen iuris utilizzato dalle parti, un contratto avente causa solutoria ed efficacia traslativa (27).

Per tale orientamento, l'aspetto relativo alla cessione del credito in luogo del pagamento deve essere valutato con riferimento alla effettiva volontà delle parti.

Se l'accordo raggiunto tra i contraenti prevede che il mandatario, dopo aver riscosso il credito, possa eccepire la compensazione allora non vi è necessariamente una prestazione in luogo dell'adempimento, che viceversa deve considerarsi esistente solo se si accerta con sicurezza che le parti hanno voluto una cessione del credito a scopo solutorio.

Riguardo l'atto di **cessione di crediti** ex artt. 1260-1267 c.c. dottori e giudici italiani sono ormai in una larghissima maggioranza schierati a favore della liceità della cessione del credito a fini di sicurezza di rapporti obbligatori. Per ovviare alla rigidità della garanzia tipica sul credito (pegno di crediti, art. 2800 c.c.), gli operatori del mondo economico, e tra questi in particolare le banche, hanno preferito servirsi dei mezzi offerti dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, facendo largo ricorso allo strumento del trasferimento dei crediti (cessione) a scopo di garanzia. Così, all'atto di erogazione di un finanziamento, o anche successivamente, in corso di rapporto, le banche usano chiedere, a maggiore garanzia delle proprie ragioni, la cessione dei crediti che il debitore – generalmente un'impresa – vanta verso terzi, e che solitamente derivano essi stessi da rapporti di impresa ai quali il finanziamento si riferisce (la cessione dei crediti a scopo di garanzia è riconosciuta anche da talune fonti legislative: l'art. 18 lett.b) della legge del 25 luglio 1952, n. 949 recante provvedimenti per lo sviluppo dell'economia e l'incremento dell'occupazione; l'art. 1 co. 2 della legge 14 luglio 1993, n. 260, di ratifica ed esecuzione delle convenzioni Unidroit sul *factoring* internazionale, Ottawa, 28 maggio 1998; a tale forma di garanzia atipica si è inoltre fatto ampio ricorso nel settore del finanziamento a produttori cinematografici).

E' noto come, sotto il profilo causale, si sia parlato della cessione come schema giuridico incompleto, o figura a causa variabile: in essa sarebbe dato ravvisare una causa generica (il trasferimento del diritto) ed una causa specifica (adempimento, dazione in pagamento, garanzia), determinata dall'accordo in concreto delle parti. L'affermazione che la cessione del credito sia un negozio a causa variabile è poi ricorrente anche in giurisprudenza: si veda, ad esempio, App. Milano, 31 ottobre 1989, in Giust. Civ., 1990, I, p. 463; più in generale, quanto all'idoneità della causa di garanzia a produrre un trasferimento di proprietà, non si scorgono contrasti vibranti nel panorama dottrinario italiano: esiste un principio di tipicità delle situazioni reali riconosciute dal sistema, ma non un principio di tipicità dei contratti traslativi delle stesse. Pertanto – una volta sottoposto il contratto di alienazione in garanzia al controllo di liceità in base al principio di buona fede ex art. 1375 c.c., correttezza ex art. 1175 c.c., art. 1337 c.c. e di divieto di illecito arricchimento ex artt. 2041-2042 c.c., ferma restando l'esperibilità dell'azione revocatoria (o Pauliana) artt. 2901-2904 c.c. da parte degli altri creditori del debitore alienante – non si vede quali possano essere gli interessi rilevanti violati dall'operazione in questione; che questi ultimi non possano essere quelli tutelati dal divieto del patto commissorio, è dimostrato, a tacer d'altro, dalle soluzioni operative adottate nei sistemi francese e tedesco. Nell'ordinamento tedesco è presente a pena di nullità la norma di

divieto del patto commissorio, sia per l'ipoteca (nel Paragrafo 1149), sia per il pegno (nel paragrafo 1229 del BGB). In particolare, la cessione dei crediti a scopo di garanzia si differenzia dagli altri schemi di cessione dei crediti (*pro solvendo*, *pro soluto*) per il fatto di non avere funzione solutoria: la traslazione del credito ha lo scopo giuridico di assicurare al cessionario il soddisfacimento delle proprie ragioni nei confronti del ceduto, nel caso in cui quest'ultimo non adempia l'obbligazione garantita. C'è però da fare riferimento ad un caso (28) riguardo appunto l'atto di cessione di crediti pecuniari a titolo di vendita, con clausola "*pro soluto*", assistiti da garanzia ipotecaria, derivanti da un contratto di finanziamento fondiario a suo tempo concesso, ai sensi del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle Leggi in materia Bancaria e Creditizia), da un "*pool*" di Banche italiane di rilevanza nazionale (creditori cedenti), che esercitano, in conformità a disposizioni legislative, statutarie ed amministrative, il credito a medio e lungo termine, ad una Società industriale italiana (debitore ceduto), e destinato in via esclusiva al sostegno dell'attività sociale della parte finanziata. Ciò mette in evidenza la problematica relativa a tutti i casi in cui, all'interno di una operazione di finanziamento avente i requisiti sia soggettivi che oggettivi per la concessione delle agevolazioni di cui all'art. 15 D.P.R. 601/1973, si proceda ad una successiva cessione del credito ad un soggetto estraneo per finalità solutorie o di altra natura. Infatti accade che tali crediti vadano "in sofferenza" nel senso che il debitore originario si dimostra insolvente e quindi a scopo solutorio, ovvero ad altro scopo, l'Istituto di credito originario creditore ceda il credito onde dare esito definitivo all'operazione. Naturalmente la cessione avviene "*pro soluto*" e comporta il subentro del cessionario nella garanzia ipotecaria del cedente. Ai sensi dell'art. 2843 c.c., l'atto deve essere annotato nella competente Conservatoria dei R.I. al fine di consentire il subentro del cessionario nella titolarità delle ipoteche e nel grado ipotecario; tale formalità ha dunque efficacia costitutiva degli effetti della cessione quanto meno rispetto al subentro nelle garanzie ipotecarie. La cessione di credito ipotecario, comportando il subentro di un nuovo creditore a quello vecchio, consiste infatti in una mera modificazione del solo lato soggettivo attivo del rapporto giuridico, il quale invece rimane esattamente quello iniziale nelle sue caratteristiche oggettive (tanto che esso non può essere modificato senza il consenso del debitore ceduto) e perciò continua ad essere disciplinato in tutto e per tutto, fatto salvo per quanto riguarda il soggetto al quale il debitore ceduto deve pagare il debito, dal contratto originale; tale contratto continua infatti a sussistere a tutti gli effetti di legge. Tale tipo di cessione inoltre dà luogo ad una sorta di surrogazione ex art 2900 c.c. o sostituzione (ipotesi espressamente previste dall'art. 15 D.P.R. 601/1973) dello stesso soggetto cessionario nella garanzia ipotecaria, la quale infatti, a seguito dell'annotazione,

mantiene il grado iniziale, e continua ovviamente a gravare sugli stessi immobili. Il trasferimento del credito può essere identificato come “successione tra vivi a titolo particolare nel credito” ed implica necessariamente l’identità del diritto ceduto, nel senso che il diritto di credito spettante al nuovo creditore giuridicamente ha lo stesso diritto già spettante al creditore originario, ed è proprio questo che comporta il permanere dei diritti accessori, tra cui le garanzie ipotecarie: in altri termini, il trasferimento del credito implica necessariamente il “carattere derivativo” dell’acquisto del nuovo titolare; ciò dimostra in modo incontrovertibile l’indefettibile “inerenza” del credito ceduto rispetto al rapporto fondamentale costituito dall’originario contratto di finanziamento che ha dato origine al credito stesso. La stessa cessione del credito, prevista espressamente dall’art. 15 D.P.R. 601/1973 tra gli atti modificativi del finanziamento originario, come del resto la cessione del contratto, consiste in uno schema negoziale a causa variabile; causa che di volta in volta deve essere indicata nell’atto e che può assumere le più svariate configurazioni, quali ad esempio, la vendita, come nel caso in questione, la causa solutoria o quella di garanzia. Ritornando a parlare del negozio giuridico della cessione di credito, come la dottrina ha sottolineato, la giurisprudenza si è limitata ad affermare che il trasferimento del diritto ai sensi dell’art. 1376 c.c. costituisce senz’altro uno strumento idoneo, ancorché atipico, ad attuare una funzione di garanzia, nei limiti del controllo di meritevolezza degli interessi di cui all’art. 1322 co. 2 c.c., ma non è andata molto oltre nel delineare i tratti della figura in esame. Sotto il profilo strutturale la cessione a scopo di garanzia è stata oggetto dell’elaborazione (quasi esclusivamente) dottrinale come figura intermedia tra il pegno di crediti e la cessione *pro solvendo*. Quanto al profilo che qui più da vicino interessa, e cioè quello della compatibilità di tale figura di garanzia con i principi del nostro ordinamento, occorre segnalare che, in effetti, alcuni Autori si sono in passato espressi per l’illiceità della cessione dei crediti a scopo di garanzia, sotto il profilo della funzione, poiché la causa di garanzia non è stata ritenuta idonea a giustificare il trasferimento della titolarità di un diritto; e, sotto il profilo sulla struttura, poiché si è detto che essa realizzerebbe un’ipotesi analoga a quella del patto commissorio vietato, in contrasto con l’art. 2744 c.c. La dottrina (maggioritaria) non ha avuto difficoltà a rintuzzare tali argomenti. Si è infatti osservato che, quanto all’aspetto dell’idoneità della causa di garanzia, se si considera la cessione come una figura a causa variabile o incompleta, data cioè dal trasferimento del credito più qualcos’altro, non si vede perché gli accordi integrativi della fattispecie ‘standard’ non possono essere finalizzati alla garanzia di un’obbligazione visto che anche pattuizioni atipiche possono rientrare nello schema della cessione, naturalmente tendono ben fermo il limite del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti ex art.

1322 co. 2 c.c. In relazione, poi, alla struttura della cessione a scopo di garanzia, la letteratura prevalente ne ha sottolineato la diversità rispetto a quella del patto codificato nell'art. 2744 c.c. I sostenitori dell'ammissibilità della cessione dei crediti a scopo di garanzia offrono una lettura restrittiva del divieto del patto commissorio (opposta quindi a quella largamente diffusa tra gli interpreti in materia di alienazioni in garanzia). La cessione dei crediti sarebbe un trasferimento immediato risolutivamente condizionato, tale da sfuggire al raggio di applicazione dell'art. 2744 c.c. che prevede espressamente la nullità del solo patto sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione. In tale direttrice si richiama inoltre l'art. 2803 c.c., in tema di pegno di crediti, ritenuto senz'altro applicabile alla cessione di crediti a scopo di garanzia. Come si è già visto, tale norma prevede che, se il credito garantito è scaduto, il creditore pignoratizio possa ritenere quanto basta del denaro ricevuto per soddisfare il suo diritto, restituendo il residuo al costituente la garanzia. E' evidente che l'operatività di tale principio in favore del creditore cessionario abbia l'effetto di paralizzare l'applicazione dell'art. 2744 c.c. per il settore della cessione dei crediti, e di produrre un risultato affine a quello previsto dal patto marciano, ossia la presenza di un meccanismo di controllo della misura dell'assoggettamento del debitore alla responsabilità patrimoniale.

Riguardo i **contratti gratuiti atipici** c'è da dire che sono una categoria non facilissima. Dal momento che la dottrina parte dalle diverse nozioni di donazione, è evidente che questa categoria assuma una diversa nozione. Se partiamo dalla premessa che la donazione ha per oggetto soltanto prestazioni di dare e di non fare, come molti autori ritengono, allora è chiaro che le promesse gratuite di fare sono senz'altro tutti contratti gratuiti atipici, perché non rientrano nella donazione. Se invece si ritiene che la donazione comprenda anche obbligazioni di fare, sia che si adotti l'una o l'altra nozione (questa si crede che oggi tutto sommato sia la tesi prevalente), siamo di fronte ad un contratto gratuito atipico quando un soggetto pone in essere una prestazione di dare o di fare, (a seconda delle nozioni che si assumono) finalizzata a realizzare un interesse patrimoniale del promittente o del disponente. Invece, se è disinteressata, mira a realizzare un interesse puramente non patrimoniale e siamo di fronte a una donazione, se rientriamo in quella categoria, o ad un'altra figura ancora. In merito la giurisprudenza parla spesso di contratti atipici a titolo gratuito e ci sono varie sentenze, senza però approfondire minimamente le cose. Talvolta, però, si è trovata di fronte a casi molto interessanti. L'atteggiamento della giurisprudenza sembra quello di ignorare queste figure negoziali. Quindi arriviamo a trovare delle sentenze che sono francamente incomprensibili,

dove il giudice non ha capito bene neanche il problema che aveva davanti. Quindi si può dire che la giurisprudenza, che in tanti settori è all'avanguardia, quantomeno segue e utilizza gli approfondimenti dottrinali, qui non è in questa posizione. Ecco perché poi si possono trovare strane applicazioni anche in giurisprudenza. Attraverso l'analisi di alcune diffuse prassi negoziali, del resto, si è rilevato la presenza di svariate ipotesi di spostamenti patrimoniali non onerosi ma non caratterizzati dallo spirito di liberalità ma da interessi economici. Si possono ricordare gli omaggi-premio, la diffusione gratuita di giornali o di campioni di prodotti, il trasferimento gratuito di calciatori. Minori perplessità hanno suscitato le stipulazioni gratuite afferenti ad obblighi di fare: tra queste si sono analizzate le lettere di patronage, il contratto di sponsorizzazione ed alcune offerte promozionali. Per quanto riguarda il contratto di sponsorizzazione, si è avuto modo di affrontare la natura della c.d. "sponsorizzazione interna", che obbliga lo sponsorizzato ad un pati: tale ipotesi pare non potersi qualificare gratuita, in quanto un simile obbligo non può non colorare la causa negoziale, tanto ciò vero che il suo inadempimento comporta la risoluzione del contratto e l'eventuale obbligo di risarcire i danni provocati allo sponsor (29).

Una più decisa apertura delle Corti verso l'unilateralità della fattispecie si registra soltanto a partire dagli anni '90, a cominciare dalla ormai nota sentenza resa dalla Cassazione (30) nel caso "Zanna contro Zanna" (31).

Nello statuire che *"la proposta di trasferimento di un immobile, che un genitore rivolga al figlio minore per eseguire quanto concordato con il coniuge nel verbale di separazione consensuale a titolo di contributo per il mantenimento del minore, malgrado sia espressamente qualificata come proposta di donazione, è diretta a dar vita ad un contratto atipico e gratuito che si perfeziona ai sensi dell'art. 1333, c.c., per effetto del mancato rifiuto"* (32), i giudici di legittimità sanciscono *ex professo* l'applicabilità dell'art.1333 cc. ai contratti ad effetti reali" (33), intervenendo su una questione ampiamente dibattuta in dottrina (34), e legittimando l'ingresso nel sistema di forme di "pagamento traslativo", quando non addirittura di "figure traslative atipiche"(35).

Altro negozio giuridico traslativo è il **trust**, strumento di semplice costituzione ma dei molteplici effetti pratici. Infatti, possono essere costituite varie tipologie di trust per gli scopi più disparati: liberali, caritatevoli, commerciali, finanziari, successori (36). E' un atto istitutivo - quantomeno per il nostro ordinamento - atipico, con causa variabile (liberale, solutoria, di gestione o di garanzia, a titolo oneroso, etc.).

Per quanto riguarda l'evoluzione delle tecniche di garanzia reale del credito nel nostro diritto non potrà mancare di confrontarsi con la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 in materia di riconoscimento dei (e di legge applicabile ai) **trusts**, avvenuta con la legge 16 ottobre 1989, n. 364. La Convenzione è in vigore in Italia a partire dal 1° gennaio 1992. Nel presentare la nozione di quello che la letteratura comparatistica ha definito come il prodotto più peculiare dell'esperienza giuridica di common law si suole fare riferimento ad uno schema normalmente trilatero, in base al quale un soggetto (costituente il **trust** (detto disponente) – **settlor**) proprietario del bene) trasferisce un bene o un insieme di beni ad un altro soggetto (**trustee**) gestore, il quale ne diventa titolare **fiduciae causa**, con l'obbligo di amministrarli non nell'interesse proprio, ma nell'interesse di un terzo soggetto beneficiario (**beneficiary**), o di uno scopo specifico.

Il settlor può garantirsi un controllo sull'operato del trustee, nominando un **protector**, persona fisica o giuridica di fiducia del settlor che ha il compito di vigilare e verificare che le indicazioni contenute nell'atto istitutivo del trust siano rispettate.

Esempio di trust: **Tizio** (cioè il disponente o settlor) prepara una disposizione testamentaria che prevede le seguenti clausole:

- nomina trustee il proprio avvocato **Caio**;
- dispone che il figlio **Sempronio** riceva i beni al raggiungimento del 18° anno di età.

All'apertura della successione si crea quindi un trust: l'avvocato Caio diviene *trustee*, mentre Sempronio diviene *beneficiary*. Tutti i rapporti giuridici vengono intestati a Caio, il quale diviene pertanto proprietario degli immobili, intestatario dei conti bancari, e così via, mentre Sempronio ha, secondo le regole del trust del modello inglese, la "equitable ownership"; secondo le regole giuridiche italiane, un diritto di credito nei confronti di Caio, cioè il diritto di ricevere i beni in trust al compimento del 18° anno di età.

Sempre seguendo l'esempio, Sempronio può godere dell'utilizzo dei beni e percepirne i frutti, mentre Caio -pur essendone proprietario- non può disporne in alcun modo. Al raggiungimento del 18° anno da parte di Sempronio, Caio gli cederà i beni, e Sempronio ne diverrà pieno proprietario.

Ovviamente le disposizioni testamentarie prevederanno che Caio, professionista di fiducia del *de cuius*, venga adeguatamente retribuito per l'amministrazione dei beni. Può anche essere previsto che i diritti di godimento da parte di Sempronio siano adeguatamente limitati: ad esempio egli potrebbe poter ricevere solo un assegno di importo prefissato, mentre i frutti eventualmente eccedenti dovrebbero essere reinvestiti da Caio.

Il trust è stato impiegato per garantire un patrimonio ai minori o ai soggetti disabili (37); per prevenire richieste economiche eccessive di uno dei coniugi in caso di separazione; per fornire tutela particolarmente alla famiglia di fatto; per curare la riscossione dei crediti verso l'erario nelle procedure concorsuali o ancora, per tutelare e rappresentare gli obbligazionisti in caso di fallimento della società mittente.

In particolare si può citare il caso del **law debenture trust**, il trust di diritto inglese che si è inserito nella amministrazione straordinaria della Cirio per curare gli interessi degli obbligazionisti, in qualità di rappresentante; oppure il caso dell'applicazione in sede fallimentare che ne ha fatto il Tribunale di Roma nello scorso dicembre, ritenendolo più efficiente e remunerativo rispetto all'usuale strumento della cessione dei crediti.

Il tribunale capitolino ha infatti autorizzato la costituzione di un **trust** prevedendo che il fallito (disponente – **settlor**) trasferisse ad una società specializzata (**trustee-gestore**) i crediti erariali futuri, nascenti dal fallimento, con l'obbligo del **trustee** di esigerli nelle forme più appropriate e di ripartire fra i creditori ammessi al passivo fallimentare (beneficiari) le somme conseguentemente incassate.

C'è da dire che nonostante la mancanza di una legge ad hoc che disciplini il trust dal punto di vista civilistico e fiscale, a parte la legge di ratifica della Convenzione, i nostri Tribunali hanno saputo ben plasmare questo nuovo istituto nel nostro ordinamento.

La giurisprudenza ha, quindi, definitivamente ammesso il trust c.d. "interno" o "domestico", ovvero quello per il quale l'unico elemento di estraneità è la legge applicabile all'intero rapporto, generalmente la legge del Jersey, mentre i beni, la sede, la sua amministrazione e la residenza dei beneficiari e del **settlor** sono dell'ordinamento italiano.

Ma i giudici hanno osato di più, derogando importanti principi, pilastri del nostro ordinamento, e affermandone degli altri, in aderenza al nuovo ordine giuridico internazionale, del quale la Convenzione ne costituisce un esempio.

Tra i principi affermati nelle diverse sentenze si evidenziano i seguenti:

- 1) la non esclusiva tipicità degli atti trascrivibili e, quindi, la trascrivibilità del trust in forza della legge nazionale di ratifica;
- 2) ampia possibilità per i privati di derogare l'art. 2740 c.c., con il conseguente effetto segregativo che viene a prodursi sui beni costituiti in trust.

L'art. 2740 c.c. non può più assurgere al rango di principio di ordine pubblico economico, inderogabile in quanto tale.

Sul fronte patologico della vita familiare trova perfetta collocazione il trust e del potere del giudice nelle procedure di separazione e divorzio di istituire un trust.

Da una parte vi è quindi il comprensibile interesse del coniuge creditore a conseguire certezza che l'obbligo di mantenimento sia adempiuto alle scadenze stabilite, senza dover ricorrere ai tempi e costi delle azioni esecutive.

Dall'altra parte vi è, invece, l'altrettanto comprensibile interesse del coniuge debitore a vedere coinvolte nell'adempimento le sole risorse necessarie, scongiurando il pericolo che per il tramite di azioni cautelari o esecutive, il coniuge creditore estenda un vincolo di indisponibilità sulle altre sue risorse patrimoniali.

Considerate queste antitetiche posizioni di fatto, l'ambito normativo si delinea fra l'art. 156, 4° co. del c. c., in tema di sequestro dei beni dell'obbligato, e l'art. 8, 1° co. della l. n. 898 del 1970, quali norme che riconoscono al giudice il potere di imporre al coniuge debitore di prestare una garanzia reale o personale in caso di pericolo di inadempimento.

Sul punto, però, se da un canto il coniuge creditore trova nell'ordinamento le norme suddette, proprio pensate dal legislatore in suo favore, sul fronte opposto del coniuge debitore che voglia assicurare il coinvolgimento delle sole risorse necessarie a far fronte ai suoi obblighi, tenendo indenne il restante suo patrimonio, alcuno strumento è previsto anzi, incombe inesorabile l'art. 2740 c.c.

Vi è una sostanziale differenza fra trusts giudiziali e trusts la cui istituzione venga consacrata nel verbale di omologa della separazione consensuale o nella sentenza emessa a seguito di ricorso congiunto di divorzio.

Nel primo caso manca la volontà del soggetto di istituire il trust che viene quindi imposto dalla decisione del giudice che ne costituisce la fonte.

Nel secondo caso, invece, il trust contenuto in verbale di separazione consensuale, o nella sentenza di divorzio congiunto, ha la sua fonte nell'autonomia negoziale dei coniugi e l'intervento del giudice rimane esclusivamente finalizzato a far sì che gli effetti del trust incidano sul rapporto sottostante.

In proposito c'è da rammentare come autorevole dottrina (M. Dogliotti) abbia ritenuto che nulla osta all'istituzione di un trust nel verbale di separazione consensuale dei coniugi, e quindi suggellata dall'omologa, o nel ricorso congiunto di divorzio e quindi consacrata nella sentenza.

Per tali ipotesi è importante ricordare l'ampio spettro di possibilità che viene offerta ai coniugi nella scelta della tipologia di trusts da istituirsi, anche nella forma quindi dei trusts solutori (dove viene capitalizzata la prestazione dovuta e offerta in un'unica soluzione anticipata, producendo l'effetto di estinguere il debito) mentre per le ipotesi dei trusts giudiziali, l'unica tipologia ipotizzabile è quella del trust di garanzia.

E' principio consolidato, infatti, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la carenza di potere del giudice ad effettuare d'ufficio la corresponsione di una somma di danaro, o un complesso di beni, con funzione solutoria.

Per quanto riguarda il **patto di famiglia**, come si afferma nella relazione al disegno di legge, si tratta di un "nuovo negozio giuridico". Tale nuovo istituto è stato collocato tra le successioni e le donazioni.

L'articolo 768-bis c.c., nella sua stesura definitiva, precisa che l'azienda (o la partecipazione societaria) si "trasferisce" (e non più si "assegna", come si prevedeva nell'originaria proposta di legge n. 3870) al beneficiario (o ai beneficiari), lasciando intendere che l'effetto traslativo avviene immediatamente. Non si dispone pertanto (relativamente all'azienda ed alle partecipazioni societarie) per il periodo successivo alla morte dell'imprenditore (o del titolare delle partecipazioni societarie), come invece avviene nei patti successori.

Poiché con il patto di famiglia si incide sui diritti di legittima spettanti ai partecipanti al contratto – precludendo a questi l'esperimento di azioni di riduzione ed escludendo l'assoggettamento delle attribuzioni a collazione ex art. 768 quater u.c. c.c. - tali atti dispositivi delle quote di legittima costituiscono una deroga al generale divieto dei patti successori ex art. 458 c.c.. Ciò è particolarmente evidente nel caso in cui i legittimari rinuncino ai diritti di legittima loro spettanti sull'azienda. Non può non notarsi come una tale rinuncia, un tempo fulminata da nullità, oggi sia del tutto lecita nell'ambito di un patto di famiglia.

Si potrebbe pertanto ritenere il patto di famiglia o un autonomo negozio giuridico distinto dalla donazione e dal testamento, con una sua autonoma disciplina, ovvero un "contenitore" nel quale sono contenuti più atti: donazioni, rinunzie ai diritti di legittima, atti solutori, ecc., al pari di quanto avviene, per intenderci, in materia di diritto di famiglia nel cosiddetto "contratto di matrimonio".

Inoltre il patto di famiglia, estromettendo i beni oggetto del patto dalla futura successione e destinandoli a formare una massa a se stante rispetto all'asse ereditario si pone come istituto alternativo al testamento affine alla divisio inter liberos.

Tale contratto è caratterizzato da una causa mista o complessa ove accanto alla causa di liberalità che contraddistingue il trasferimento dell'azienda (o di partecipazioni) a favore del (o dei) discendenti, è presente una causa solutoria che concerne la liquidazione, imposta dalla legge, dei diritti di legittima spettanti ai legittimari non assegnatari dell'azienda (o delle partecipazioni societarie), salvo loro rinuncia.

La causa solutoria è particolarmente evidente nel caso in cui l'assegnatario dell'azienda (o di partecipazioni societarie) debba procedere alla liquidazione dei diritti degli altri partecipanti al contratto. In questo caso le attribuzioni, seppur avvengono senza corrispettivo, sono finalizzate a consentire che la cessione dell'azienda (o delle partecipazioni societarie) non possa essere in futuro messa in discussione (38).

Tali "liquidazioni" non possono essere certamente qualificate come atti di liberalità, in quanto è assente nell'assegnatario di azienda l'*animus donandi*, ed è anche discutibile che si tratti di veri e propri atti a titolo gratuito (potendo, al più, essere assimilati, ad esempio, alle cessioni gratuite di aree al Comune in sede di lottizzazione, finalizzate all'ottenimento delle concessioni edilizie e quindi esecutive di un obbligo posto dalla legge).

L'atto in tal caso sembrerebbe atteggiarsi come una (sorta di) donazione modale, in cui però il *modus* è imposto direttamente dalla legge (39).

Nel caso sia invece l'imprenditore (o il titolare di partecipazioni societarie) ad effettuare tali "assegnazioni" a favore degli altri legittimari, occorrerebbe valutare se egli compia ciò in adempimento di un obbligo previsto dalla legge (ed in tal caso varrebbero le osservazioni sopra svolte in ordine alla causa solutoria del trasferimento) o spontaneamente per puro spirito di liberalità (ed in tal caso si avrebbe un atto di carattere donativo).

Si potrebbe, infine, anche prospettare una causa unitaria dei patti di famiglia, rappresentata dalla funzione di regolamentazione dei futuri assetti successori dei legittimari in ordine all'azienda ceduta, un po' come accade in caso di accordi di separazione e divorzio aventi, secondo una diffusa opinione, quale causa la sistemazione degli assetti familiari in occasione della disgregazione della famiglia.

CONCLUSIONI

Da un lato assistiamo nel nostro ordinamento in questo momento a orientamenti che lasciano stupiti, perché si declama quella morte della causa come un fenomeno generale e non si coglie che quel fenomeno è stato, se è stato, concepito nell'ambito dei contratti a effetti obbligatori. Perché è a quelli che si rivolgono i progetti di armonizzazione europea, dove effettivamente l'eventuale morte non produrrebbe grossi danni. Mentre se si generalizzasse questa eco della morte della causa, magari nelle applicazioni giurisprudenziali, avrebbe ricadute sull'atto traslativo, dove la causa ha un peso enorme, e sull'atto di destinazione.

Dall'altro lato, come già rilevato, si continua a diffondere questa idea che l'accertamento sul difetto di causa produca un eccesso di aggravamento per la posizione del terzo e invece non ci si preoccupa di questo problema rispetto alle nullità, dove il fenomeno è importante. Allora nel nostro ordinamento si deve fare un'opzione di fondo. O si decide di optare per un sistema in cui il controllo sulla causalità si fa a posteriori, alla tedesca; però allora va riformato tutto il sistema della ripetizione dell'indebito ex artt. 2033-2044 c.c., vanno accettati i difetti del sistema di astrazione e va disciplinato l'atto di destinazione, ex art. 2645 ter c.c. integralmente. Oppure ci teniamo il nostro sistema che funziona meglio, e allora si introducano correttivi, vale a dire un'adeguata tutela dei terzi subacquirenti, una migliore disciplina delle disfunzioni sopravvenute. Il ruolo del Notaio può essere quello di avvertire che, se si fa un certo tipo di atto, c'è un certo rischio sul piano delle disfunzioni sopravvenute; però l'atto che fa, se controlla in concreto l'esistenza della causa, è valido e quindi almeno non è uno spauracchio da temere. Non si può procedere quindi a una sorta di eutanasia della causa, riducendola a *expressio causae* o a funzione puramente identificata, perché in questo modo si eliminano i controlli causali originari, senza avere adeguati controlli causali successivi. In tutto ciò un ruolo importante ce l'ha il Notaio proprio nella fase della formazione dell'atto. Infatti spetta proprio al Notaio controllare se vi sono state norme imperative, proibitive, per tradizione considerate tali; come per esempio, il divieto del patto commissorio e lo stesso patto successorio vanno interpretati intelligentemente, limitandone l'estensione che letteralmente sembrano estensioni ampie, ampissime. Quindi, in questo caso, addirittura il notariato è autorizzato anche, con il conforto di parte della giurisprudenza e di gran parte della dottrina, a fare delle azioni più coraggiose, nello stesso tempo motivate, tenendo conto del caso concreto e tenendo conto dei valori fondamentali dell'ordinamento. Cioè il principio di proporzionalità, il principio di ragionevolezza e il principio di solidarietà sono principi che rientrano nel controllo di meritevolezza. Per cui il controllo di meritevolezza, come del resto ha detto la giurisprudenza non da oggi ma da tempo, è un

controllo che non si rifà soltanto ai contratti cosiddetti atipici o alle clausole atipiche, ma anche ai cosiddetti contratti tipici, perché basta una mezza clausola che in un contesto particolare di quel contratto si pone in essere.

Non deve essere il caso concreto l'ultimo elemento a cui il Notaio deve rivolgersi, ma deve essere il punto di partenza, esaminato nelle sue peculiarità, nelle circostanze che lo caratterizzano, soggettive ed oggettive. Considerato il caso concreto, ecco che il Notaio può dare il consiglio di qual è la normativa più adeguata, qual è lo strumento più adeguato. Questo è un punto di importanza incredibile. Il Notaio molte volte si trova di fronte a degli atti intitolati compravendita o intitolati in un modo particolare e il loro contenuto è molto diverso. Quindi si tratta di trovare la risposta più adeguata agli assetti di interessi, ai conflitti di interessi che gli vengono sottoposti. Al Notaio in definitiva interessa la regolamentazione di quel caso concreto. Tant'è vero che poi, in quel caso, spesso il Notaio non trova in un unico atto la fonte della regolamentazione, ma in un complesso procedimentale di atti, alcuni dei quali indicati, altri non indicati, ma ai quali non si può non fare riferimento. La fattualità, il caso concreto è parte integrante della giuridicità. Il tema della causa è un elemento decisivo. Perché mentre da un lato, a livello di codice europeo, si discute se la causa è elemento o non è elemento del contratto, per i Notai è una discussione stantia. Perché, comunque sia, il controllo dell'interesse che realizza l'atto di autonomia è indispensabile in uno stato sociale di diritto, ispirato cioè al fatto, e il Notaio non può fare tutto quello che vuole, ma può fare ciò che vuole nell'interesse della collettività in cui ha una valutazione positiva. Quindi, come si fa ad eliminare questo controllo? Che poi venga fatto attraverso lo strumento della categoria della causa o venga fatto attraverso altri strumenti, ai Notai non interessa assolutamente niente, così come parlare di negozio o di atto interessa molto relativamente. Certo però i Notai sanno che non possono esaurire la loro attenzione al contratto e che il pancontrattualismo non ha mai trovato l'accordo, perché non tutti i fenomeni dell'autonomia sono contratti. Questo è un punto essenziale. Per cui, quanto a dire non esiste né il negozio in generale, né il contratto in generale. Esistono gli atti singoli concreti, ai quali i Notai devono dare una risposta, e quindi questo sembra un fatto importante. La natura di un atto è fatta sempre della sua struttura e della sua funzione, ma decisiva a determinare la natura è la sua funzione. Che l'atto sia unilaterale o bilaterale... Una società per azioni oggi può essere costituita attraverso un atto di scissione, con un atto unilaterale, un contratto bilaterale o plurilaterale. La funzione è sempre la stessa. Allora quello che è importante è la funzione e quando si è capito qual è la funzione si capisce qual è la disciplina. Questo è il problema fondamentale. Se il Notaio

costruisse gli atti di autonomia individuandone la funzione, anziché dividendoli per fattispecie rigidamente tipiche, forse farebbe bene.

Per concludere allora bisogna dire che tutto lo sforzo è trovare da parte dei Notai sempre l'interpretazione e la qualificazione più adeguata al caso concreto. E il Notariato ha già dato prove di questo, con la sua attività continua e una maggiore responsabilità, che è una funzione di garanzia che fa sì che il Notariato non sia soltanto certificatore, ma strumento di garanzia per tutti i cittadini.

BIBLIOGRAFIA

1. Pugliatti, *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965; *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano 1951.
2. Nicoletti, *Significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 401 ss. nonché gli AA. citati *infra*, § 4
3. Per la dottrina risalente Cariota-Ferrara, *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp.*, XXXVI, 1950, 214. Da ultimo Visalli, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995, p. 79 ss.
4. Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 118, n. 82.
5. Nicolò, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 557.
6. Alabiso, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 96 ss. e 151 ss.
7. Genovese, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 116.
8. Rascio, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, pp. 177-178.
9. Montesano, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 1177.
10. Rascio, *op. loc. ultt. citt.*
11. Violante, *Recensione*, in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1967, p. 550.
12. Gazzoni, *Il contratto preliminare*. Ed. Giappichelli.
13. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973.
14. Calabrò, *Pronti a giocare la sfida della qualità*, in *Guida al diritto*, 12 agosto, 2000, n.30, pag.30.
15. Cass. Civ. Sez. II, 28.06.2000, n. 8795.
16. Cass. 21/2/01, n. 2569, pres. Santojanni, est. Guglielmucci, in *Lavoro giur.* 2001, pag. 549.
17. Sgarbi, *Fruizione tardiva delle ferie o indennizzo: sceglie il lavoratore*; in *Lavoro e prev.* oggi 2001, pag. 643; in *Orient. giur. lav.* 2001, pag. 78.
18. Tribunale Civile di Reggio Emilia-Decreto 23/03/2007: *vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645 ter c.c. nell'accordo di separazione...*
19. C. Grassetti, voce *Datio in solutum*, cit., pag. 174; S. Rodotà, voce *Dazione in pagamento*, cit., pag. 737; C. M. Bianca, *Op. cit.*, pag. 438; A. M. Marchio, voce *Dazione in pagamento*, cit., pag. 3; L. Mengoni, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, pag. 193; G. Branca, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, pag. 338. Per A. Di Majo, *L'adempimento in generale*, cit., pag. 347 si tratterebbe di un negozio che, sulle orme della terminologia tedesca, si potrebbe chiamare «negozio di prestazione» (*Leistungsgeschäft*), visto che esso è in funzione della realizzazione di una causa ad esso esterna (causa *solvendì*).
20. L'onerosità è ravvisabile nel fatto che entrambe le parti sopportano un sacrificio: il debitore quello di eseguire una prestazione (diversa); il creditore quello di rinunciare alla prestazione originaria. In tal senso cfr. S. Rodotà, *Op. cit.*, pag. 737.
21. Tale argomentazione è esposta, in particolare, da A. Tafuri, *La prestazione in luogo dell'adempimento, con particolare riguardo al suo carattere reale*, in *Temi nap.*, 1968, III, pag. 376.
22. In tal senso v. A. Zaccaria, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., pag. 52 e segg.; G. Biscontini, *Adempimento parziale e datio in solutum*, cit., pag. 626 e segg.; Id. *Vicenda modificativa, ecc.*, cit., pag. 264, il quale parla specificamente di negozio regolamentare. Della stessa opinione P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, cit., pag. 30 e L. Ferri, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1955, pag.

- 84, nonché A. D. Candian, voce *Prestazione in luogo di adempimento*, cit., pag. 264 e P. Forchielli, *I contratti reali*, Milano, 1952, pag. 106, nota 37.
23. In tal senso v. G. Biscontini, *Vicenda modificativa, «prestazione in luogo dell'adempimento» e novazione del rapporto obbligatorio*, cit. pag. 266; A. Zaccaria, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit. pag. 67; A. D. Candian, voce *Prestazione in luogo di adempimento*, cit. pag. 264.
 24. Così A. Zaccaria, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., pag. 63.
 25. Ancora A. Zaccaria, *Op. cit.*, pagg. 59-60.
 26. Di Majo, *L'adempimento in generale*, cit., pag. 347.
 27. Vigo, La revoca del mandato "in rem propriam" all' incasso nell' amministrazione straordinaria, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1989, pag. 575. "In secondo luogo, va tenuto conto che, ai sensi dell'art. 1198 c.c., il debitore si libera nei confronti del cessionario, non al momento della cessione, ma soltanto quando il cessionario riscuoterà il credito ceduto. Di qui l'interesse del cedente, alla effettiva riscossione di un credito del quale, egli non è più titolare. Di qui anche la compatibilità, in questa fattispecie, di mandato e cessione del credito. Il debitore assume la qualifica di cedente, in quanto trasferisce il suo credito solutionis causa, assume la qualifica di mandante, in quanto la riscossione avviene anche nel suo interesse, pur non essendo più egli titolare del credito".
 28. Tribunale di Mantova-Seconda Sezione Civile-18 settembre 2000: *revocatoria fallimentare – Cessione di credito – Natura solutoria della cessione – Mezzo anormale di pagamento – Revocabilità ex art. 67, 1° co. l.f. -Conoscenza stato di insolvenza – Onere della prova*.
 29. Arlotta, A (2005) *Il contratto gratuito atipico e prassi negoziale*. PhD thesis, Università degli Studi di Napoli Federico II.
 30. Si tratta di Cass., 21 dicembre 1987, n.9500, in *Corr. giur.*, 1988, pp.144 ss., con nota di Mariconda (dello stesso autore cfr., in argomento, anche *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, p.733); nonché in *Giust. civ.*, 1988, I, pp.1237 ss., con nota di COSTANZA, *Art.1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*; e in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c.1560 ss.
 31. Nel 1959 due coniugi decidono di separarsi: nel verbale di separazione, il marito, per assolvere all'obbligo di mantenimento della figlia minore, si obbliga, di fronte alla moglie, a donarle un immobile; dopo qualche tempo, per sottrarsi ad una condanna penale per violazione dei doveri di mantenimento della prole, il padre provvede a dare esecuzione all'obbligo di trasferimento dell'immobile, qualificando l'atto esecutivo nel rogito notarile, così come nel verbale di separazione, come "proposta di donazione", ed impegnandosi a considerarlo immediatamente perfetto e a non revocarlo. Dopo quindici anni, però, in difetto di accettazione da parte della figlia, il proponente revoca l'atto e trasferisce l'immobile a terzi. La figlia cita, quindi, in giudizio il padre, assumendo che, a dispetto della qualifica da questi operata, l'atto di trasferimento dell'immobile non può considerarsi proposta di donazione, in quanto a causa "onerosa" e non "liberale". Di qui l'inefficacia della revoca e la richiesta di accertamento della piena operatività del trasferimento dell'immobile. I giudici di merito, però, pur condividendo la premessa secondo cui l'atto esecutivo dell'obbligo di trasferimento contratto dal padre non è una proposta di donazione, ma una proposta di trasferimento immobiliare adempitiva dell'obbligo legale di mantenimento, rigettano, sia in primo che in secondo grado, la domanda. Essi motivano, infatti, nel senso della piena revocabilità di tale proposta, in quanto priva della fissazione di un termine per l'accettazione, e della conseguente piena efficacia della revoca intervenuta "essendo nel frattempo mancata l'accettazione dell'interessata, da esprimere nel rispetto della forma richiesta per i trasferimenti immobiliari". In sede di appello, si

- precisa che gli atti unilaterali non possono annoverarsi tra i modi di acquisto della proprietà.
32. La Suprema Corte censura le conclusioni delle corti di merito (in ordine alle quali, cfr., *ivi*, nota precedente) dal momento che si è “*omesso di considerare che, ai sensi dell’art.1333 cc., la proposta diretta a concludere un contratto, da cui derivino obbligazioni solo per il proponente, è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata*” e che “*è vero che, a tenore della medesima norma, il destinatario può rifiutare la proposta entro il termine richiesto dalla natura dell’affare o dagli usi; ma, in mancanza di tale rifiuto, il contratto è concluso*”. Posto che, nella fattispecie, “*è assolutamente pacifico che la cosiddetta donazione è pervenuta a conoscenza della destinataria, dato che è avvenuto il trasferimento del possesso del bene*” e che “*il rifiuto del trasferimento immobiliare non v’è stato*” è agevole concludere che “*il contratto, di tipo unilaterale perché comportante prestazioni solo a carico di una delle parti, si è concluso ed ha determinato, col passaggio della proprietà immobiliare dal padre alla figlia, una nuova situazione giuridica non modificabile unilateralmente*”.
 33. L’applicabilità dell’art.1333 cc. era stata già sostenuta relativamente all’acquisto di servitù prediali (in tal senso, Cass., 25 febbraio 1980, n.1317, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p.1347, con nota di Guarneri).
 34. In generale, sul tema dell’efficacia reale, cfr., per tutti, ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991, spec., pp.111ss; nonché VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p.3 ss. In particolare, in ordine al problema dell’efficacia reale dei negozi a favore di terzo, cfr. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, Milano, 1997, pp.119 ss. L’orientamento sfavorevole fa leva sulla lettera della norma (COSTANZA, *Contratti e negozi unilaterali*, in *Vita notarile*, 1993; SACCO, *Il contratto*, cit., p.44 ss.) ovvero sugli effetti negativi (imposte, responsabilità civile) che potrebbero prodursi in capo al beneficiario (BIANCA, op.cit., p.537; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, II, Torino, 1986, p.664). Appare, però, insuperabile l’argomento sistematico offerto, in contrario, dall’art.649 cc., secondo cui il legato si acquista “*senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare*”: se, in tale ipotesi, l’effetto traslativo si produce a prescindere dal consenso del beneficiario, può estendersi all’acquisto di diritti reali il principio ricavabile dagli artt. 1236, 1333 e 1411, secondo cui, in presenza di effetti favorevoli, l’eventuale interesse del destinatario alla relativa rimozione trova sufficiente tutela nell’espressa previsione di un potere di rifiuto (Cfr., in particolare, in ordine alla valenza del rifiuto nella struttura del legato, BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., pp.173 ss.).
 35. La locuzione “pagamento traslativo” intende ricomprendere tutte le ipotesi in cui un soggetto è tenuto, come nel caso di specie, ad eseguire un atto traslativo allo scopo di adempiere una preesistente obbligazione, con conseguente scissione tra atto di attribuzione patrimoniale e causa esterna che lo giustifica; scissione stigmatizzata in dottrina con l’espressione “prestazione isolata”. Per l’approfondimento del tema, si rinvia a CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; Id., *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*; in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, II, p.233 ss.; MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. Impr.*, 1988, p.735 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art.1333 c.c.*, in *Riv. Dir.civ.*, 1989, II, pp.525ss.; CHESSA, *L’adempimento*, Milano, 1996, p.7 ss.; DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, I, p.781 ss.
 36. Trib. di Lucca 23 settembre 1997 *non è nullo il trust testamentario lesivo della quota di legittima*.
 37. Trib. di Pisa 22 dicembre 2001 *trust istitutivo in favore di un soggetto disabile*.

38. Lupetti, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in *CNN notizie. Notiziario di informazione del Consiglio Nazionale del Notariato*, 14 febbraio 2006, p. 3
39. Merlo, *Il patto di famiglia*, cit., p. 3.